

N° 7547⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI**portant modification de la loi modifiée du 4 décembre 1967
concernant l'impôt sur le revenu**

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(16.6.2020)

Par dépêche du 8 avril 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous objet, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière ainsi que le texte coordonné de l'article 168 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu que le projet sous examen vise à modifier.

Les avis de la Chambre des salariés et de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'État respectivement par dépêches des 27 avril et 25 mai 2020.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous examen vise à modifier l'article 168 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ci-après « LIR », afin d'insérer dans cette disposition un nouveau numéro 5 fixant les conditions de la non-déductibilité des dépenses d'intérêts ou de redevances payés ou dus, en lien avec les pays ou territoires non coopératifs à des fins fiscales.

En effet, après que le Conseil de l'Union européenne eut approuvé les conclusions relatives à la liste des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales en date du 5 décembre 2017, les États membres s'étaient engagés à appliquer au moins une mesure défensive de nature administrative à l'égard de tels pays et territoires. C'est ainsi que l'Administration des contributions directes avait émis, en date du 7 mai 2018, une circulaire L.G. – A n° 64 visant l'application d'une telle mesure défensive pouvant conduire, le cas échéant, à des contrôles approfondis ou à des contrôles sur place.

Par la suite, le Conseil de l'Union européenne a approuvé, en date du 5 décembre 2019, les lignes directrices du Groupe Code de conduite (fiscalité des entreprises) relatives à une coordination poussée en matière de mesures défensives dans le domaine fiscal. Dans ce cadre, les États membres se sont engagés à introduire, au-delà des mesures de nature administrative précitées, au moins une mesure défensive de nature législative applicable à partir du 1^{er} janvier 2021. Avec la liste de l'Union européenne des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales¹, ci-après « liste de l'UE », ces mesures défensives ont pour objectif d'encourager un changement positif dans les pays et territoires indexés afin que ceux-ci soient retirés de ladite liste. Les mesures visées doivent être des mesures spécifiques, différentes des pratiques administratives générales et des règles fiscales des États membres.

Les auteurs du projet de loi sous avis exposent dès lors qu'ils envisagent d'introduire, par le biais de celui-ci, une règle spécifique qui déroge, en ce qui concerne les intérêts ou les redevances payés ou dus à une entreprise liée établie dans un pays ou un territoire figurant sur la liste des pays ou territoires

¹ Conclusions du Conseil relatives à la liste révisée de l'UE des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales, Annexe I, Journal officiel de l'Union européenne, C 64 du 27 février 2020, pp. 8 à 14.

non coopératifs à des fins fiscales, au principe général posé par l'article 45 LIR de la déductibilité des dépenses d'exploitation provoquées exclusivement par l'entreprise. Il s'agit dès lors de consacrer la non-déductibilité de telles dépenses, à moins que le contribuable n'apporte la preuve que celles-ci correspondent à une opération qui reflète la réalité économique.

Pour les auteurs du projet de loi en effet, la mesure spécifique ainsi proposée participe de deux objectifs :

D'une part, elle permettrait de contribuer efficacement à la promotion, au niveau global, de la transparence fiscale, d'une imposition équitable ainsi que d'une mise en œuvre des mesures visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« mesures anti-BIPS »). Les auteurs considèrent, dans ce contexte, que la loi en projet sous avis répond également à la recommandation du Conseil de l'Union européenne ayant invité le Luxembourg à examiner les caractéristiques de son système fiscal susceptibles de faciliter la planification fiscale agressive, notamment par le biais des paiements sortants. La non-déductibilité des dépenses d'intérêts ou de redevances payés ou dus contribuera par conséquent à lutter contre certaines structures de planification fiscale agressive permettant que les paiements sortants d'intérêts et de redevances effectués par des entreprises situées au Luxembourg aillent vers des pays ou territoires n'ayant pas un régime d'imposition des sociétés ou dans lesquels un tel taux d'imposition est nul ou presque nul.

D'autre part, elle garderait un caractère proportionné dans la mesure où le contribuable est admis à démontrer que l'opération à laquelle se rapportent les intérêts ou redevances visés est utilisée pour des motifs commerciaux valables reflétant la réalité économique. Selon les auteurs du projet de loi, si une telle preuve est rapportée par le contribuable, la mesure défensive que le projet de loi vise à introduire ne s'appliquera pas. Les auteurs précisent néanmoins qu'il n'est pas suffisant que le contribuable fasse simplement état de motifs économiques, mais que ces motifs doivent, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, être considérés comme réels et présentant un avantage économique suffisant au-delà d'un éventuel bénéfice fiscal obtenu par le biais de l'opération.

Les auteurs du projet de loi exposent enfin qu'ils entendent proposer à la Chambre des députés, dans le cadre du projet de loi concernant le budget et les recettes et dépenses de l'État pour l'exercice 2021, la liste de l'UE, dans sa version initiale et telle qu'éventuellement actualisée à la date de cette proposition. Il est précisé que pour les années suivantes, une mise à jour sera présentée une fois par an, le cas échéant, dans le cadre du projet de loi budgétaire annuel.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

La disposition en projet vise à modifier l'article 168 LIR, afin d'y insérer un nouveau numéro 5.

L'article 168 LIR énumère les dépenses qui ne sont pas déductibles dans le chef des contribuables soumis à l'impôt sur le revenu des collectivités. Le projet sous rubrique entend compléter la liste des dépenses énumérées par une règle de la non-déductibilité des dépenses d'intérêts ou de redevances payées ou dues par un contribuable à une entreprise liée établie dans un pays ou territoire figurant sur la liste de l'UE.

Le Conseil d'État note que le texte du projet de loi se réfère aux intérêts ou redevances « payés ou dus », sans préciser à quel moment il faudra apprécier si les intérêts ou redevances en question sont non déductibles : au moment de leur mise en compte, au moment de leur paiement effectif, voire même à ces deux moments. Le Conseil d'État comprend que les intérêts ou redevances – qui seraient dus avant le 1^{er} janvier 2021 en vertu des contrats ou autres documents prévoyant le principe et les modalités de la mise en compte d'intérêts ou de redevances et qui auraient fait, le cas échéant, l'objet d'une comptabilisation à ce titre avant cette même date (ce qui devrait en principe engendrer l'enregistrement d'une dette ou constitution d'une provision) –, ne sauraient être considérés comme non déductibles pour la seule raison que leur paiement a été effectué au ou après le 1^{er} janvier 2021. En effet, la prise en compte de ces intérêts ou redevances en tant que dépense d'exploitation se situe dans un tel cas de figure avant la date d'entrée en vigueur de loi en projet sous avis. Dès lors, de tels intérêts ou redevances restent déductibles (sauf application d'une autre disposition de la LIR qui restreindrait ou refuserait la déductibilité) ; une lecture différente aurait pour effet de donner à la disposition en projet un effet rétroactif et serait de plus susceptible de ne pas être en phase avec les dispositions de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »).

Tout d'abord, le Conseil d'État relève que « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif »². Tel que retenu par une jurisprudence constante³, « ce principe est une garantie donnée aux situations juridiques valablement acquises et consolidées sous la loi ancienne et répond, en ce sens, à un besoin de paix et de stabilité sociale ». Si une réglementation ne peut, sans rétroactivité, revenir sur la constitution et les effets passés d'un rapport de droit réalisés avant son entrée en vigueur⁴, la loi nouvelle peut en revanche s'appliquer aux situations juridiques en cours, à commencer par celles en cours de constitution, mais également aux situations juridiques que la loi nouvelle entend prolonger. Dès lors, si le paiement, après le 1^{er} janvier 2021, d'intérêts ou redevances dus au titre de rémunération pour la mise à disposition de fonds ou d'autres biens pendant une période se situant avant cette même date, entraîne la non-déductibilité de ces mêmes intérêts ou redevances, il y aura bien une rétroactivité au sens des principes exposés ci-dessus. La rétroactivité ne présente aucun inconvénient tant qu'il s'agit d'introduire avec effet antérieur des mesures qui touchent favorablement des situations juridiques valablement acquises et consolidées, à condition de ne pas heurter les droits de tiers. Du moment, toutefois, où il est porté atteinte à ces situations ou droits, le Conseil d'État a toujours considéré que la rétroactivité constitue une entorse au principe de sécurité juridique et au principe de confiance légitime.⁵

Ensuite, le Conseil d'État donne à considérer certains obstacles pratiques pouvant découler de la loi précitée du 22 mai 1931. Il peut par exemple être stipulé dans un contrat de prêt que les intérêts sont à mettre en compte mensuellement, alors que leur paiement n'est convenu qu'au moment du remboursement du montant nominal du prêt. Ainsi, à défaut de remplir les conditions de la nouvelle disposition en projet, les intérêts accrus constitueront des dépenses d'exploitation déductibles pendant toute la durée du prêt, des bulletins d'impôt en ce sens étant également émis. Si au moment du paiement de ces intérêts, les conditions déterminées par la loi en projet sont remplies, il faudrait nécessairement, pour constater la non-déductibilité, émettre de nouveaux bulletins d'impôt. Une prise en compte dans le cadre de l'imposition de l'année fiscale du paiement est exclue, étant donné que le texte en projet prévoit exclusivement la non-déductibilité des intérêts au titre de dépenses. Si les bulletins d'impôt relatifs aux années antérieures concernées ont été émis sur la base du paragraphe 100a⁶ de la loi précitée du 22 mai 1931 (bulletin d'impôt dit « provisoire »), il sera possible d'émettre un nouveau bulletin d'impôt au sens du paragraphe 210⁷ de la même loi (bulletin d'impôt dit « définitif »), pour autant que le délai de prescription de cinq ans n'est pas encore écoulé⁸. Si les bulletins d'impôt relatifs aux années antérieures concernées ont été émis sur la base du paragraphe 210 de la loi précitée du 22 mai 1931, ils revêtent donc un caractère définitif et une modification n'est possible que sur la base des dispositions

2 Article 2 du Code Civil.

3 Entre autres, Tribunal administratif, jugements du 20 décembre 2019 (n° 43447) et du 9 juin 2005 (n° 18442).

4 Tel que cela a été retenu par le Tribunal administratif dans son jugement du 9 juin 2005, « la règle de la non-rétroactivité interdit de reporter la loi nouvelle en arrière et de l'appliquer à la création de situations juridiques établies – que ce soit par l'effet d'actes juridiques ou de faits juridiques – sous l'empire de la loi ancienne. »

5 Avis du Conseil d'État n° 52.940 du 5 février 2019 relatif au projet de loi de loi relatif à l'installation obligatoire de détecteurs autonomes de fumée pour les immeubles comprenant au moins un logement (doc. parl. n° 7326³, p. 3).

6 § 100a de la loi précitée du 22 mai 1931 :

« (1) Le bureau d'imposition peut, sous réserve d'un contrôle ultérieur, fixer l'impôt en tenant compte de la seule déclaration d'impôt, et ceci sans qu'il y ait lieu d'indiquer les motifs.

(2) L'émission d'un bulletin d'impôt au sens du § 210 comporte la levée de la réserve du contrôle ultérieur.

(3) Avec l'expiration du délai de prescription de cinq ans, la réserve du contrôle ultérieur devient caduque et la fixation de l'impôt devient définitive. »

7 § 210 de la loi précitée du 22 mai 1931 : « (1) *Nach Abschluss seiner Ermittlungen setzt die Steuerkontrollstelle durch Steuerbescheid die Steuer fest.* »

8 Article 10 de la loi du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale: « La créance du Trésor se prescrit par cinq ans. Toutefois, en cas de non-déclaration ou en cas d'imposition supplémentaire pour déclaration incomplète ou inexacte, avec ou sans intention frauduleuse, la prescription est de dix ans. Ces prescriptions s'appliquent à tous impôts [...] dont est chargée l'administration des contributions [...]. La prescription prend cours à partir du 1^{er} janvier qui suit l'année pendant laquelle la créance est née. »

du paragraphe 222⁹ de la même loi. En vertu de cette disposition, il faut être en présence de faits nouveaux et le délai de prescription ne doit pas être révolu. Or, selon le cas de figure, ces deux conditions sont susceptibles de ne pas être remplies, de sorte que la base légale permettant au bureau d'imposition de revenir sur une imposition antérieure fera défaut.

Les mêmes observations s'imposent pour toute mise à jour ultérieure de la liste. Ainsi, une possible non-déductibilité des intérêts ou redevances devra s'apprécier au moment où ces mêmes intérêts et redevances constitueront des dépenses d'exploitation, donc au moment de leur mise en compte suivant les modalités prévues par un contrat ou tout autre document signé par les parties (ce qui devrait en principe engendrer la comptabilisation d'une dette ou d'une provision). Par exemple, si un prêt a engendré la mise en compte d'intérêts envers un organisme à caractère collectif, qui est une entreprise liée, et a été comptabilisée, conformément aux modalités prévues par le contrat de prêt sous-jacent, à un moment où le pays ou le territoire d'établissement de ce bénéficiaire ne figurait pas sur la liste de l'UE, le paiement effectif de ces intérêts à un moment où elle sera incluse sur cette liste ne saura donner lieu à une non-déduction des montants payés. À l'inverse, tout intérêt dû en vertu d'un contrat de prêt pour la période durant laquelle le pays ou le territoire d'établissement du bénéficiaire figurait sur la liste de l'UE est non déductible, pour autant que toutes les conditions sont remplies, et ce même si le paiement effectif de l'intérêt est effectué à une date à laquelle ledit pays ou territoire aura été retiré de la liste de l'UE.

Enfin, si l'intention des auteurs du projet de loi est néanmoins de prendre en considération le paiement des intérêts ou redevances, le Conseil d'État relève que le texte en projet prévoit exclusivement la non-déductibilité des intérêts au titre de dépenses¹⁰, le Conseil d'État comprenant que sont visées ici plus spécifiquement les dépenses d'exploitation. Or, un paiement a pour effet d'éteindre une dette née d'un engagement contractuel qui prévoit une rémunération pour la mise à disposition de fonds (prêt) ou d'un bien matériel ou immatériel. Ce n'est donc pas le paiement qui constitue la dépense, mais l'obligation contractuelle en vertu de laquelle un intérêt ou une redevance sont dus. Un paiement ne saurait équivaloir à une dépense que dans le cadre d'une comptabilité de caisse, mais aucunement dans le contexte d'une comptabilité d'engagement, dont la tenue s'impose obligatoirement aux contribuables visés à la disposition en projet sous revue, à savoir les organismes à caractère collectif énumérés à l'article 159 LIR.

En conséquence des développements qui précèdent, le Conseil d'État doit s'opposer formellement, sur le fondement pris de la sécurité juridique et de la confiance légitime, au libellé actuel de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, première phrase, du projet de loi. Afin de lever cette opposition formelle, le Conseil d'État peut cependant d'ores et déjà marquer son accord quant à la rédaction suivante :

« Les intérêts ou redevances payés ou dus lorsque les conditions suivantes sont simultanément remplies : [...] »

Ad alinéa 1^{er}

L'alinéa 1^{er} du numéro 5 de l'article 168 LIR, tel qu'inséré par la loi en projet, pose les trois conditions d'application, qui doivent être remplies cumulativement :

1° Le bénéficiaire des intérêts ou redevances est un organisme à caractère collectif au sens de l'article 159 LIR. Si le bénéficiaire n'est pas le bénéficiaire effectif, il y a lieu de prendre en considération le bénéficiaire effectif ;

9 § 222 de la loi précitée du 22 mai 1931 : « *Hat bei Steuern..., die Steuerkontrollstelle nach Prüfung des Sachverhalts einen besonderen, im Gesetz selbst vorgesehenen schriftlichen Bescheid (Steuerbescheid, Steuermessbescheid, Freistellungsbescheid oder Feststellungsbescheid) erteilt, so findet, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, eine Änderung des Bescheids (eine Berichtigungsveranlagung oder eine Berichtigungsfeststellung) nur statt:*

1. *wenn neue Tatsachen oder Beweismittel bekanntwerden, die eine höhere Veranlagung rechtfertigen, und die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist;*
2. *wenn durch eine Betriebsprüfung vor dem Ablauf der Verjährungsfrist neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die eine niedrigere Veranlagung rechtfertigen;*
3. *wenn bei einer Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde Fehler aufgedeckt werden, deren Berichtigung eine höhere Veranlagung rechtfertigt, und die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist; dies gilt nicht für die Steuern vom Einkommen, vom Ertrag, vom Umsatz und vom Vermögen;*
4. *wenn bei einer Nachprüfung durch die Aufsichtsbehörde vor dem Ablauf der Verjährungsfrist Fehler aufgedeckt werden, deren Berichtigung eine niedrigere Veranlagung rechtfertigt. »*

10 Article 168 LIR : « Ne sont pas déductibles les dépenses suivantes : [...] ».

2° l'organisme à caractère collectif qui est le bénéficiaire des intérêts ou redevances est une entreprise liée au sens de l'article 56 LIR ;

3° l'organisme à caractère collectif qui est le bénéficiaire des intérêts ou redevances est établi dans un pays ou territoire figurant sur la liste de l'UE.

Il devra ainsi être déterminé, dans une première étape, la personne qui est à considérer comme le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances. Le Conseil d'État constate en premier lieu que le concept de « bénéficiaire effectif » n'existe dans aucune autre disposition de la LIR. Ce concept se distingue notamment du concept de « bénéficiaire économique », qui est consacré par le paragraphe 11 de la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 (« *Steueranpassungsgesetz* »), et au sujet de l'interprétation duquel la jurisprudence luxembourgeoise¹¹ retient, « qu'il est de principe, en droit fiscal, que les faits et les actes juridiques doivent être interprétés et appréciés d'après des critères économiques, de manière que la juridiction saisie ne saurait s'arrêter aux seules formes juridiques choisies par les parties pour réaliser une opération déterminée, mais elle est appelée, au-delà de l'apparence juridique, de rechercher et d'analyser la réalité économique recouverte par lesdites formes juridiques ».

Le Conseil d'État constate que le concept de « bénéficiaire effectif », tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 7, de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, comme « toute personne physique qui, en dernier ressort, possède ou contrôle le client ou toute personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée », ne saurait servir de référence pour l'application du projet de loi sous avis : la définition de la loi précitée du 12 novembre 2004 vise à identifier la personne physique qui possède ou contrôle une entité, alors que le bénéficiaire (effectif) des intérêts ou redevances en matière fiscale désigne l'organisme à caractère collectif qui a le pouvoir de disposer librement des fonds qui lui sont versés.

Le concept de « bénéficiaire effectif » se rencontre, par contre, en matière conventionnelle, étant donné qu'il est inclus dans le Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques, ci-après « OCDE », depuis 1977. Suivant les commentaires sur l'article 11 du Modèle de Convention fiscale¹², qui traite de l'imposition des intérêts, la notion de bénéficiaire effectif a été introduite au paragraphe 2 de l'article 11 afin de préciser que l'État de la source n'est pas obligé de renoncer au droit d'imposer les revenus d'intérêts uniquement parce que ces revenus ont été payés directement à un résident d'un État avec lequel l'État de la source a conclu une convention. Il est également précisé que le concept de « bénéficiaire effectif » n'est pas utilisé dans une acceptation étroite et technique, mais doit être entendu dans son contexte, et à la lumière de l'objet et du but de la convention, notamment pour éviter la double imposition et prévenir l'évasion et la fraude fiscales. Il serait ainsi contraire à l'objet et au but de la convention que l'État de la source accorde une réduction ou exonération d'impôt à un résident d'un État contractant qui agit comme simple relais pour le compte d'une autre personne qui bénéficie réellement du revenu en cause. Ainsi, une société relais ne peut pas être considérée comme le bénéficiaire effectif si, bien qu'étant le propriétaire du revenu dans la forme, elle ne dispose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple intermédiaire agissant pour le compte des parties intéressées. Il y a donc lieu de vérifier si la personne qui perçoit l'intérêt a effectivement le droit d'utiliser l'intérêt et d'en jouir sans être limitée par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne, auquel cas il est le « bénéficiaire effectif » de l'intérêt. Les mêmes commentaires se retrouvent en ce qui concerne l'article 12 du Modèle de Convention fiscale qui traite de l'imposition des redevances. Le Conseil d'État renvoie également à la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative au concept de « bénéficiaire effectif »¹³ en matière fiscale, laquelle précise que ce concept ne vise pas un bénéficiaire identifié formellement, mais bien l'entité qui bénéficie économiquement des intérêts perçus et dispose dès lors de la faculté d'en déterminer librement l'affectation.

¹¹ Cour administrative, arrêt du 2 août 2017, n° de rôle 39021C.

¹² Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée 2017, commentaires sur l'article 11, paragraphes 9 et suiv.

¹³ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 février 2019 (affaires jointes C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16 et affaires jointes C-116/16 et C-117/16).

Sur la base des développements qui précèdent, le Conseil d'État demande que le concept de « bénéficiaire effectif » soit précisé dans une définition, dont le Conseil d'État suggère la rédaction suivante :

« Le bénéficiaire effectif est la personne physique ou l'organisme à caractère collectif qui bénéficie économiquement des intérêts ou redevances payés ou dus et qui dispose de la faculté d'en déterminer librement l'affectation sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne physique ou un autre organisme à caractère collectif. »

Dans une deuxième étape, il y a lieu d'analyser si le bénéficiaire, identifié comme étant le bénéficiaire effectif, est à assimiler à un organisme à caractère collectif au sens de l'article 159 LIR, à savoir en principe des sociétés dites « opaques » d'un point de vue fiscal ou à un organisme considéré comme « transparent » d'un point de vue fiscal, le principe de la transparence fiscale étant prévu par le paragraphe 11*bis*¹⁴ de la loi précitée du 16 octobre 1934. Conformément à la jurisprudence luxembourgeoise¹⁵, cette détermination est basée sur une analyse des caractéristiques propres de l'organisme bénéficiaire étranger, telles qu'elles résultent des dispositions légales et statutaires applicables et sans que le traitement fiscal dans l'État du siège constitue un critère à cet égard.

Dès lors qu'une entité transparente ne peut jamais être considérée comme le bénéficiaire effectif d'un revenu, ce seront nécessairement les associés de cette entité qui sont à considérer comme bénéficiaires, de telle sorte qu'il s'agit, en premier lieu, d'identifier, parmi les personnes morales associées directement ou indirectement à l'entité transparente considérée, les entités fiscalement opaques, qui correspondent à des organismes à caractère collectif au sens de l'article 159 LIR, pour vérifier ensuite si les conditions énumérées aux lettres b) et c) sont également remplies à leur égard.

Il résulte des développements qui précèdent que :

- 1° Lorsque le bénéficiaire des intérêts ou redevances est une entité transparente d'un point de vue luxembourgeois, ces mêmes intérêts ou redevances payés ou dus resteront déductibles pour autant que les associés de l'entité transparente, qui en même temps sont à considérer comme bénéficiaires économiques, ne remplissent pas simultanément les conditions du texte en projet, cette analyse devant se faire pour chaque associé individuellement.
- 2° Lorsque le bénéficiaire des intérêts ou redevances est une entité opaque d'un point de vue luxembourgeois, les intérêts ou redevances payés ou dus seront non déductibles pour autant que les conditions des lettres b) et c) soient remplies également, à moins qu'il n'apparaisse que cette entité n'est pas le bénéficiaire effectif de ces mêmes intérêts ou redevances. Dans ce cas de figure, il y a lieu d'identifier le ou les bénéficiaires effectifs et de procéder à une analyse, pour chaque bénéficiaire effectif individuellement, si les conditions posées par les lettres a), b) et c) sont remplies cumulativement dans son chef. Dans l'affirmative, les intérêts ou redevances payés ou dus seront non déductibles alors qu'ils resteront déductibles dans la négative.

Le Conseil d'État donne à considérer que les conditions d'application du numéro 5, à introduire à l'article 168 LIR, seront, en certains cas, remplies à l'égard d'un ou de plusieurs associés d'un bénéficiaire, considéré comme organisme transparent d'un point de vue luxembourgeois, alors que les autres associés de ce même bénéficiaire ne remplissent pas ces conditions. Le Conseil d'État comprend que dans un tel cas de figure, seule la quote-part des intérêts ou redevances (indirectement) payés ou dus aux associés remplissant les conditions d'application sera non déductible, étant donné que les conditions d'application du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR sont intimement liées au statut du bénéficiaire et que ses effets ne sauraient être étendus, sous prétexte qu'il s'agit d'un même paiement, à des bénéficiaires ne remplissant pas lesdites conditions. Afin de permettre à l'Administration des contributions directes de vérifier le cas échéant la déductibilité des intérêts ou redevances (indirecte-

¹⁴ Les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite spéciale, les groupements d'intérêt économique, les groupements européens d'intérêt économique, les sociétés commerciales momentanées, les sociétés commerciales en participation et les sociétés civiles sont considérés comme n'ayant pas de personnalité juridique distincte de celle des associés, excepté ceux de ces organismes qui sont des organismes non résidents visés à l'article 2 de la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents ou à l'article 3 de la directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statuaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre.

¹⁵ Arrêts de la Cour administrative du 10 janvier 2006 (n° 20307C) et du 8 février 2018 (n° 30274C).

ment) payés ou dus, le Conseil d'État comprend qu'il appartiendra au contribuable luxembourgeois de livrer tous les éléments et informations nécessaires permettant d'identifier les associés ne remplissant pas les conditions, cette approche correspondant au principe posé par le paragraphe 205a de la loi précitée du 22 mai 1931.

La lettre b) de l'alinéa 1^{er} du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR par la loi en projet pose une deuxième condition d'application de la disposition, à savoir que l'organisme à caractère collectif auquel les intérêts ou redevances sont payés ou dus par le contribuable et qui a été identifié comme étant le bénéficiaire effectif de ces intérêts ou redevances, est une entreprise liée au sens de l'article 56 LIR. Le concept d'« entreprise liée » est très large, dans la mesure où le lien d'association est donné lorsqu'une entreprise participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une autre entreprise, ou si les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital des deux entreprises.

Le Conseil d'État comprend que le lien d'association doit s'analyser par rapport au bénéficiaire effectif à l'exclusion de la personne qui perçoit les intérêts ou redevances, lorsque ce bénéficiaire n'est pas le bénéficiaire effectif. Afin d'éliminer tout doute quant à ce point, le Conseil d'État suggère d'également insérer la référence au bénéficiaire effectif dans le libellé de la lettre b) :

« b) l'organisme à caractère collectif qui est le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances est une entreprise liée au sens de l'article 56 ; »

La lettre c) énonce la troisième condition d'application du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR par la loi en projet, à savoir que l'organisme à caractère collectif auquel les intérêts ou redevances sont payés ou dus par le contribuable est établi dans un pays ou territoire figurant sur la liste de l'UE. Comme relevé ci-dessus, le Conseil d'État comprend que cette troisième condition est à analyser par rapport au bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances et propose dès lors que le libellé de la lettre c) soit rédigé comme suit :

« l'organisme à caractère collectif qui est le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances est établi dans un pays ou territoire figurant sur la liste des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales (désignée ci-après par le terme « liste »). »

Le Conseil d'État s'interroge, par ailleurs, sur l'interaction de la disposition sous revue avec celles des conventions tendant à éviter les doubles impositions conclues par le Luxembourg avec un État qui figurerait sur la liste de l'UE. En l'état actuel, tel est par exemple le cas du Panama et des Seychelles, avec lesquels le Luxembourg a conclu une telle convention et qui sont repris sur la liste de l'UE. D'autres pays, tels que le Maroc ou la Turquie, avec lesquels le Luxembourg a également conclu une convention contre la double imposition, sont également sous observation et risquent ainsi d'être inclus dans la liste de l'UE. Les conventions tendant à éviter les doubles impositions renferment une clause dite de non-discrimination, suivant laquelle « [...] les intérêts, redevances et autres dépenses payés par une entreprise d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant, sont déductibles, pour la détermination des bénéfices imposables de cette entreprise, dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un résident du premier État ». Selon les commentaires de l'OCDE¹⁶, cette disposition « tend à faire échec à une forme particulière de discrimination résultant du fait que, dans certains pays, la déduction des intérêts, redevances et autres frais, admise sans réserve quand le bénéficiaire est un résident, est au contraire limitée ou même interdite, quand ce dernier est un non-résident ».

En cas de paiement d'intérêts ou de redevances à un bénéficiaire établi dans un pays ou un territoire avec lequel le Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions renfermant une telle clause, il y aura un conflit de loi entre les dispositions de ladite convention, qui sont d'application directe, et les dispositions à introduire au numéro 5 de l'article 168 LIR par la loi en projet. Comme déjà mentionné à plusieurs reprises en ce qui concerne d'autres projets de loi¹⁷, le Conseil d'État constate que dans un tel cas, en vertu du principe cardinal de la primauté des traités internationaux sur les lois internes, même celles postérieures à un traité, tel que cela a été reconnu depuis de

¹⁶ Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée 2017, commentaires sur l'article 24.

¹⁷ Par exemple, avis du Conseil d'État du 10 décembre 2019 concernant le projet de loi n° 7466 portant transposition de la directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers, ou encore avis du Conseil d'État du 13 novembre 2018 concernant le projet de loi n° 7318 transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

nombreuses années par la jurisprudence luxembourgeoise, les dispositions à introduire au numéro 5 de l'article 168 LIR par la loi en projet ne pourront pas s'appliquer.

Ad alinéa 2

L'alinéa 2 du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR par la loi en projet insère une dérogation à la non-déductibilité des intérêts, lorsque le contribuable apporte la preuve que l'opération à laquelle correspondent les intérêts ou redevances payés ou dus est utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

Le Conseil d'État note une certaine similitude avec le libellé du paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934 : « La loi fiscale ne peut pas être contournée par un abus de formes et d'institutions du droit. Il y a abus au sens de la première phrase si la voie juridique qui, ayant été utilisée pour obtenir, à titre d'objectif principal ou à titre d'un des objectifs principaux, un contournement ou une réduction de la charge d'impôt allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la loi fiscale, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Aux fins de la présente disposition, la voie juridique, qui peut comprendre plusieurs étapes ou parties, est considérée comme non authentique dans la mesure où elle n'a pas été utilisée pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. »

L'exposé des motifs du projet de loi sous avis précise en outre qu'il ne suffit pas que le contribuable fasse simplement état de motifs économiques pour que ceux-ci soient nécessairement admis comme valables, mais il faut que ces motifs, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, puissent être considérés comme réels et présentant un avantage économique suffisant au-delà d'un éventuel bénéfice fiscal obtenu à travers l'opération.

Étant donné la similitude entre le texte de la loi en projet sous avis et le paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934, tel que modifiée par la loi du 21 décembre 2018 1) transposant la directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur ; 2) modifiant la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu ; 3) modifiant la loi modifiée du 1^{er} décembre 1936 concernant l'impôt commercial (« *Gewerbesteuer-gesetz* ») ; 4) modifiant la loi d'adaptation fiscale modifiée du 16 octobre 1934 « *Steueranpassungsgesetz* ») 5) modifiant la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »).

Le Conseil d'État comprend, par référence aux explications et commentaires relatifs à la loi précitée, que le concept d'authenticité peut être interprété et apprécié à la lumière de la jurisprudence luxembourgeoise en matière de motifs extra fiscaux valables. Si tel n'est pas l'intention des auteurs du projet de loi sous examen, le Conseil d'État les invite à préciser davantage le concept de « motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique ».

Le Conseil d'État comprend également que si le contribuable démontre à suffisance que l'opération à laquelle correspondent les intérêts ou redevances visés est utilisée pour des motifs commerciaux qui reflètent la réalité économique, on ne saurait lui opposer le paragraphe 6 de la loi précitée du 16 octobre 1934.

Le Conseil d'État note également que le commentaire des articles précise que la règle de non-déductibilité des intérêts ou redevances s'applique par priorité à la règle de limitation de la déduction des intérêts de l'article 168*bis* LIR¹⁸. Il devrait en être de même en ce qui concerne l'application de l'alinéa 5, point 1, de l'article 166 LIR¹⁹ : si la déduction des dépenses d'intérêts est intégralement et définitivement refusée en application du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR par la loi en projet, l'alinéa 5, point 1, de l'article 166 LIR ne vient plus à s'appliquer. Par extension, ces mêmes intérêts

18 « Les surcoûts d'emprunt encourus au titre d'un exercice d'exploitation par un contribuable ne peuvent être déduits qu'à concurrence du montant le plus élevé des deux montants suivants : a) 30 pour cent de l'EBITDA du contribuable ; b) 3 millions d'euros. »

19 « Dans la mesure où un revenu est exonéré en application de l'alinéa 1^{er}, ne sont pas déductibles : 1. les dépenses d'exploitation en relation économique directe avec ce revenu. »

ne seront pas à inclure dans la somme algébrique des revenus de la participation lorsqu'il s'agit de déterminer le montant du revenu imposable dégagé par la cession d'une participation²⁰.

Ad alinéas 3 et 4

Les alinéas 3 et 4 donnent une définition spécifique des notions d'« intérêts » et de « redevances » pour la seule application du numéro 5 à introduire l'article 168 LIR.

Comme précisé par les auteurs du projet de loi, les définitions en question correspondent dans une très large mesure aux définitions des mêmes concepts données, d'une part, par l'article 2 de la directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents et, d'autre part, par les articles 11 et 12 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Le Conseil d'État note par ailleurs que la définition du concept de « redevance » est identique au libellé de l'article 98, alinéa 1^{er}, point 3, LIR, relatif aux revenus provenant de la location de biens, de sorte qu'un renvoi vers cette disposition aurait pu être envisagé. Cependant, le Conseil d'État constate qu'un renvoi vers l'article 97 LIR, relatif aux revenus provenant de capitaux mobiliers, n'est pas possible, cette disposition ne contenant pas un libellé identique à la définition donnée dans le projet de loi sous avis, de sorte que le Conseil d'État peut approuver l'inclusion d'une définition spécifique, pour les besoins de la disposition à introduire, des deux concepts mentionnés ci-dessus.

Ad alinéa 5

À l'alinéa 5 du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR par la loi en projet, sont précisés les critères en vertu desquels il est prévu de constituer la liste dans sa version initiale. La disposition en projet prévoit que le Gouvernement en conseil proposera à la Chambre des députés, par une liste avec effet au 1^{er} janvier 2021, dont le contenu sera fixé en fonction de la liste de l'UE dans sa dernière version à la date d'une telle proposition. Cette liste contiendra les pays et territoires figurant sur la dernière version de la liste de l'UE publiée à cette date au Journal officiel de l'Union européenne.

Le Conseil d'État comprend la volonté des auteurs de s'assurer qu'au jour de l'entrée en vigueur de la loi en projet sous avis, la dernière version à jour de la liste de l'UE figure au numéro 5 à introduire dans l'article 168 LIR. Il doit, par contre, s'opposer formellement au dispositif actuel prévoyant que la loi en projet devra être amendée par une loi modificative prise à l'initiative du Gouvernement et dont le dispositif ne pourrait pas être amendé par la Chambre des députés, dès lors que, d'une part, quant à la forme, ce dispositif ainsi formulé contrevient à l'article 47 de la Constitution, lequel dispose que « le Grand-Duc adresse à la Chambre les propositions ou projets de lois qu'il veut soumettre à son adoption »²¹ et que, d'autre part, quant au fond, ce dispositif est sans apport normatif. Le Conseil d'État demande dès lors, ou bien que soit incluse dès à présent une liste dans le dispositif de la loi en projet, de sorte que toute modification éventuelle de cette liste avant la date de prise d'effet de la loi en projet sous avis, à savoir le 1^{er} janvier 2021, devra, le cas échéant, être opérée par la voie législative, ou bien, dans la mesure où la prochaine révision de la liste de l'UE n'est prévue que pour le mois d'octobre 2020, que le projet de loi prévoit que la liste à prendre en considération soit celle figurant à l'annexe I des conclusions du Conseil de l'Union européenne relatives à la liste révisée de l'Union européenne des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales, dans sa dernière version en vigueur avant le 1^{er} janvier 2021, telle que publiée au Journal officiel de l'Union européenne.

Ad alinéa 6

L'alinéa 6 du numéro 5 à introduire à l'article 168 LIR par la loi en projet règle les critères en vertu desquels peuvent avoir lieu des mises à jour ultérieures de la liste de l'UE, ainsi que les dates d'application de telles mises à jour.

20 Article 1^{er}, alinéa 2, du règlement grand-ducal modifié du 21 décembre 2001 portant exécution de l'article 166, alinéa 9, numéro 1 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu : « Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, le revenu dégagé par la cession de la participation est imposable à raison de la somme algébrique des revenus de la participation et d'une éventuelle déduction pour dépréciation effectuée sur la participation pour autant qu'elles ont diminué la base d'imposition de l'exercice de l'aliénation ou d'exercices antérieurs. »

21 Avis du Conseil d'État n° 51.706 du 27 octobre 2016 sur le projet de loi portant création d'un mécanisme d'adaptation des prestations familiales en espèces et en nature (doc parl 7003⁴, p. 4).

Si le Conseil d'État approuve ce choix en ce qu'il permettra d'appliquer par année une seule version de la liste, il renvoie cependant à ses observations et oppositions formelle formulées à l'endroit de l'alinéa 5. Afin de lever cette opposition, le Conseil d'État peut déjà marquer son accord à la reformulation de cette disposition, afin qu'il soit procédé dans le corps même du texte en projet directement au renvoi vers la liste de l'UE dans sa dernière version publiée avant le 1^{er} janvier de l'année subséquente, tant en ce qui concerne les ajouts à la liste de nouveaux pays ou territoires, que les retraits de pays et territoires inscrits sur la liste.

Article 2

Sans observation.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Article 1^{er}

À la phrase liminaire, il convient d'ajouter une virgule après les termes « numéro 4 ».

Concernant le numéro 5, alinéa 3, pour ce qui est de l'insertion des définitions à introduire, le Conseil d'État recommande d'avoir recours à une subdivision en chiffres minuscules romains suivis d'une parenthèse fermante, en écrivant :

« Pour l'application du présent numéro, on entend par :

i) « intérêts » : [...] ;

ii) « redevances » : [...] ».

Au numéro 5, alinéas 5 et 6, il y a lieu d'écrire « Chambre des députés » avec une lettre « d » minuscule.

Au numéro 5, alinéa 5, deuxième phrase, il convient d'écrire :

« [...] à l'annexe I des conclusions du Conseil de l'Union européenne relatives à la liste révisée de l'Union européenne des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales, dans sa dernière version à une telle date, telle que publiée au Journal officiel de l'Union européenne. »

Cette observation vaut également pour l'alinéa 6, lettres a) et b).

Article 2

L'article sous examen est à reformuler comme suit :

« **Art. 2.** La présente loi entre en vigueur le 1^{er} janvier 2021. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 16 juin 2020.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente,
Agy DURDU

